

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (1998). La LOFAGE ¿Una nueva ocasión perdida para la organización de la Administración y el sector público generales?. *Aranzadi administrativo: boletín mensual, parte doctrina*, 1, pp. 2-6.

## La LOFAGE ¿Una nueva ocasión perdida para la organización de la Administración y el sector público generales?

*Por D. Luciano Parejo Alfonso. Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Carlos III de Madrid*

### 1. La emergencia y afirmación, difíciles, de la organización como dimensión determinante del estatuto de la Administración pública

Conocida es nuestra tradicional incuria en materia de organización administrativa. A ella son reconducibles sin duda gran parte de los males que han aquejado y siguen afectando a nuestro sistema de Administración pública. Nos impide percibir, en efecto, la trascendencia de la organización para la Ley, la norma en general. Cuando ésta es administrativa, es básicamente programación de la acción de los correspondientes sujetos administrativos, de modo que su suerte es indisoluble de la de éstos: depende de la organización no sólo su efectividad, sino lo que la norma sea en la práctica. Pero nos impide también ver la estrecha imbricación entre «construcción», «funcionamiento» y actividad externa, de un lado, y entre organización y medios personales, materiales y económicos, de otro, condenando a la frustración todo intento de implantación de la perspectiva integradora de la «gestión».

La incuria no es en modo alguno incompatible con la hiperactividad en la materia y el uso desembarazado de la potestad de organización. Antes al contrario, los explica y propicia. Pues hace de la organización un objeto manipulable a voluntad y sin límites netamente perceptibles y controlables.

Tanto la Constitución, como la pertenencia a la Unión Europea, imponen jurídicamente la superación de este déficit organizativo.

La primera, porque define en sus artículos 103, 104, 105, 106 y 128 un marco normativo, claro y de directa aplicación, para el binomio sujetos-actividades administrativos, del que predica eficacia en su servi-

cialidad -en el Derecho- respecto de los intereses públicos.

La segunda, porque refuerza la exigencia ínsita en el marco constitucional, al imponer -desde la perspectiva material que impone su cometido de realización del mercado primero común y ahora único- el respeto universal del estatuto propio de las actividades económicas que hacen el mercado y, por tanto, la transparencia en la relación entre el aludido binomio (objeto en sí mismo del orden estatal interno) y el integrado por los sujetos y las actividades económicas privados; regla que presupone la principal separación de ambos.

La inercia de nuestros hábitos organizativos explica que haya habido que esperar a la segunda mitad de los años noventa para que el legislador afrontara la tarea de la racionalización del panorama organizativo del sistema administrativo/sector público general.

El comienzo, en 1996 (1), por su parte «empresarial», con la «racionalización» del sector público económico, es bien significativo de la necesidad que hemos tenido de estímulo suplementario (comunitario-europeo) al propio del orden constitucional propio para vencer nuestra indisciplina organizativa. Sea como fuera, el esfuerzo así comenzado ha logrado culminarse en abril de 1997 con la publicación de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE); texto que debe ser saludado por su clara y decidida ambición de establecimiento de un verdadero sistema de organización del mundo de los sujetos públicos o en mano pública, es decir, del entero sector público general o del Estado en sentido estricto, perfectamente ajustado al orden «constitucional» interno y comunitario-europeo y que, por su concepción y di-

Redacción: c/Génova, 25 1º - 28004 Madrid - Tel.: 91/ 308 07 27 - Fax: 91/310 10 71

Coordinación: *Maria Alfonso Martínez*. E-mail: *malfonso@aranzadi.es*

Publica/imprime: **Editorial Aranzadi, S.A.** Carr. de Aoiz, km 3,4 - 31486 ELCANO (Navarra) - Génova, 25 - 1º 28004 Madrid. Depósito Legal: NA 110-1998. ISSN 1131-5390.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, S.A.



## DOCTRINA

seño, supone un avance decisivo, un verdadero hito en la materia (2).

Las esperanzas de entrada en una nueva era organizativa que podían haberse depositado más que justificadamente en el sistema recién instalado han empezado a quedar empañadas desde su mismo nacimiento. Como si la indisciplina limitada tolerada ya por la misma LOFAGE fuera un presagio, el Estado no ha concedido a ésta ni siquiera un mínimo período de gracia y ha vuelto por donde solía, adoptando medidas que, si de diferente porte y alcance, ponen todas ellas en tela de juicio su voluntad de someterse a éste o cualquier modelo o sistema coherente y socavan desde el principio la autoridad del recién implantado y de la política que ha de servirlo.

## 2. La subsistencia y rebelión de los vicios tradicionales

### 2.1. El uso abusivo y tergiversador de la potestad de organización

La vuelta a la manipulación abierta de la organización se ha estrenado con una operación verdaderamente espectacular por la desvirtuación de principios y reglas, incluso de rango constitucional, que supone. Se trata de la transformación de que la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, ha hecho objeto a las autoridades portuarias, nacidas en 1992 como entidades de Derecho público atípicas, actuantes en régimen de Derecho privado, pero inscritas en la órbita del también atípico ente público Puertos del Estado, sujetas a la tutela y fiscalización últimas del Ministerio hoy de Fomento y gestoras de puertos de titularidad estatal. La Ley, además de insistir en la huida al Derecho privado (el desarrollo de la actividad, dice la exposición de motivos, «con procedimientos de gestión empresarial», sin perjuicio obviamente de los mecanismos de control económico-financiero, que son los únicos públicos que se toleran), persigue -siempre según su exposición de motivos- la participación de las comunidades autónomas «en la estructura y organización de los puertos de interés general, a través de la designación de los órganos de gobierno de las autoridades portuarias» (nada menos que el presidente y el Consejo de Administración), sin perjuicio -eso sí- de la garantía en todo caso «de la **presencia** en éste [el Consejo de Administración] (¡sic!) de las Administraciones local, autonómica y **central**, de las cámaras de comercio, industria y navegación, de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de los sectores económicos relevantes relacionados con el tráfico portuario». No hay, pues, intención alguna de acomodación al esquema de la LOFAGE, pero, además y lo que es más grave aún, por mor de una pura manipulación organizativa (la forma de de-

signación de las personas que han de actuarlos), las autoridades portuarias han pasado a poder ser servicios del círculo de intereses de las comunidades autónomas y no de la instancia territorial a la que organizativamente pertenecen (la cual queda reducida a la condición de una más de las participantes, junto con los intereses sociales y económicos). ¡Y ello sin necesidad de alteración alguna de la distribución de competencias, ni de la calificación de los puertos gestionados! Véase, pues, las posibilidades inmensas de la organización: gracias a ella se puede conseguir el milagro de que una administración general sea en realidad autónoma. Diga lo que diga la Constitución y establezca ésta los mecanismos que quiera para la articulación del Estado autonómico.

### 2.2. La indisciplina organizativa del particularismo de las piezas del sistema administrativo

La indisciplina organizativa no ha esperado tampoco para manifestarse y de forma no menos espectacular y aprovechando el hueco abierto por el propio desfallecimiento de la LOFAGE. Si las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social constituyen excepción al sistema por ésta diseñado (no así al régimen económico-financiero común de la legislación presupuestaria, por una razón al mismo tiempo misteriosa y patente), no puede sorprender la creatividad desencadenada por tal excepción. Lo que en realidad son simples establecimientos de un servicio público asistencial han pasado a ser, por mor de la facilidad organizativa, «fundaciones». Así lo dispuso, de forma prácticamente coetánea a la LOFAGE, la Ley 15/1997, de 25 de abril: la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria puede llevarse a cabo directa o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho; eso sí, «garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público». ¡Y esto lo dice el mismo legislador que paralelamente establece un esquema general de la organización administrativa, es decir, de los servicios públicos, y, lo que es peor, que, con este motivo, sienta solemnemente el principio capital consagrado en el artículo 2.4 de la LOFAGE como derivación del orden constitucional! Poco importa que el objetivo perseguido habría podido conseguirse por medios organizativos públicos ordinarios y que semejante solución implique un forzamiento de la institución fundacional tan excesivo que la desagarra: ¿qué sentido el recurso a un ficticio e improcedente ejercicio por el Estado de una libertad pública-derecho fundamental, cuando aquél es de



## DOCTRINA

suyo una construcción abstracta que no precisa de la singularización de patrimonios para asegurar la continuidad de la persecución de determinados fines, consistiendo por ello sus fundaciones en la creación precisamente de organismos públicos? El trastocamiento, incluso del orden constitucional, es patente. Por mucha que sea la flexibilidad introducida por su legislación reguladora actual, la organización-personificación de un patrimonio separado sigue siendo la clave de la institución fundacional y éste es el dato que aquí falta, pues de organizaciones dirigidas y tuteladas - que no simplemente sujetas a patrocinadas- por la Administración General del Estado y alimentadas periódicamente por fondos de sus presupuestos (aunque ello se trate de ocultar mediante el artificio de la concertación contractualizada de la prestación de servicios) se trata.

La racionalidad instrumental de la gestión presupuestaria, más poderosa que la organizativa, se ha encargado bien pronto de despejar cualquier ambigüedad. El artículo 16 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, bajo la significativa rúbrica «régimen presupuestario de las **fundaciones de naturaleza o titularidad pública**», advierte que se está ante entidades creadas «como nuevas **formas de gestión** del INSALUD» y desvela las estrechas relaciones de dirección, control y de orden presupuestario entre la Administración General del Estado y tales entes (a través del INSALUD).

### 2.3. La impotencia de la política organizativa para establecer su racionalidad y sus exigencias; y su desbordamiento, de nuevo, por la racionalidad instrumental de la gestión económico-financiera y presupuestaria

La mayor eficacia de la aludida racionalidad de la gestión presupuestaria respecto de la organizativa ha quedado acreditada en cualquier caso con la aprobación de los primeros presupuestos anuales posterior a la LOFAGE. Poco ha durado, pues, el impulso político-jurídico que alumbró ésta. Aunque sea cierto que la disposición derogatoria de la LOFAGE no incluye expresamente el artículo 6 de la Ley General Presupuestaria (en adelante LGP), su disposición transitoria tercera establece la inmediata aplicabilidad de su Título I, de donde resulta la sustitución de la clasificación contenida en este último precepto, y anuncia la necesidad de la modificación de la LGP. Habría sido, pues, más que conveniente que los Presupuestos Generales de 1998 recogieran ya la clasificación institucional resultante de la LOFAGE. La opción ha sido justamente la contraria y la postergación del cambio «a la espera de efectuar la adaptación de la normativa reguladora de los mismos [de los organismos públi-

cos] a los preceptos» de dicho texto legal (3). Es decir, continúa primando la clasificación del artículo 6 LGP: todo un ejemplo de la voluntad política de hacer efectivo el nuevo sistema organizativo y su filosofía.

De esta manera, no es sorprendente que los Presupuestos Generales vigentes continúen articulándose sobre una clasificación del sector público, además de puramente económico-financiera, confusa y variable según su objeto: por de pronto la que proporciona la base para la delimitación del ámbito de los propios Presupuestos (arts. 1, 2 y 6), cuya lógica nada tiene que ver, obviamente, con la de la LOFAGE; y a ella se suma la establecida a los efectos de los gastos de personal (art. 18), modulada luego desde el punto de vista del régimen de modificación de las retribuciones (art. 32). Una base poco propicia para la efectividad de la filosofía de la gestión que la LOFAGE pretende implantar. No es sorprendente, pues, que persista el absoluto desprecio por el valor de la coherencia de las distintas piezas determinantes del funcionamiento y la actividad de las organizaciones, como resulta de la paralela Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, **Administrativas** y de Orden Social (en adelante LMeFAS), en la que se subvierte -para el ámbito específico de la autopistas en régimen de concesión- el sistema general de fuentes de la contratación pública establecido en 1995, con simultánea previsión de la posibilidad de la adjudicación de las ampliaciones (consistentes en el aumento de carriles de las calzadas) al propio concesionario y mediante la suscripción directa de convenio al efecto (disposiciones adicionales 51ª y 57ª).

La propia LMeFAS no contribuye precisamente, en efecto, a despejar la desorientación que produce la Ley aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado.

Cuando actúa como Ley de creación de nuevos organismos lo hace apoyándose ciertamente en la LOFAGE, pero respetando ésta sólo relativamente:

a) La regulación dedicada al Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras (arts. 78, 79 y 80, más la disposición transitoria 5ª) es correcta en sí, pero queda excesivamente corta respecto de lo exigible conforme a la LOFAGE.

b) Justamente lo contrario sucede con la referida a la Gerencia de Infraestructura de la Seguridad del Estado (arts. 82 a 87) y la Agencia Española del Medicamento (arts. 89 a 97).

En el primer caso falta alguna decisión y sobra desde luego la enumeración de las Leyes integrantes del régimen aplicable al organismo (4).

## DOCTRINA

En el segundo, en el que es manifiestamente más prolija, presenta un error grave, potencialmente desvirtuador del sistema organizativo general: la restricción de la aplicabilidad del Derecho administrativo que parece inducirse o, al menos, hace posible inducir *a contrario* de la conexión innecesaria de la de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al ejercicio de las «funciones públicas». Pues un organismo autónomo es una categoría en la que coinciden por entero forma y régimen jurídico de la actividad (interna y externa): una y otro se inscriben plenamente en el Derecho público administrativo. La clave puede que esté en la remisión en blanco (en contra de la LOFAGE) al estatuto de la Agencia para la determinación del régimen de su personal, pues no parece que sea excesiva susceptibilidad ver en esa remisión un portillo para romper la disciplina legal general en este punto (lo que tiene como presupuesto la no actuación siempre de la Agencia en régimen de Derecho público). Con todo, la regulación de la Agencia Española del Medicamento es la que más fielmente responde a la LOFAGE (5).

El panorama cambia cuando la Ley se refiere a entidades ya existentes. Por de pronto se ocupa de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, pero sólo para habilitar la prestación por la misma de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, validez y eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos (art. 81). Ni la más mínima preocupación por la adaptación a la LOFAGE.

En el caso de la empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) [art. 88], la atención prestada y el detalle dedicado a la concre-

ción del objeto de la entidad, los términos de la participación de las comunidades autónomas en su capital social y de la ejecución de trabajos por encomienda de las Administraciones, la posibilidad de la colaboración con empresarios privados y el régimen de la adjudicación a la misma de contratos de las Administraciones públicas y las tarifas aplicables a las obras ejecutadas, contrastan vivamente con la ausencia total de cualquier prescripción sobre la adaptación al esquema de la LOFAGE. Este silencio es tanto más grave, cuanto que, de un lado, aquellas regulaciones -por su propio contenido-, a las que se suma la declaración de la aplicabilidad a TRAGSA de la disposición adicional primera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (disposición adicional 15<sup>a</sup>), si no anuncian una voluntad de mantenimiento de la singularidad y atipicidad de la entidad, van a dificultar o cuando menos retrasar y complicar tal adaptación, y, de otro, la sociedad se califica expresamente de «medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración», que «cumple servicios esenciales», con lo que su forma actual se ofrece en abierta contradicción con la exigida por la LOFAGE: entidad pública empresarial.

Ante esta situación no precisamente alentadora para el futuro de la LOFAGE y, con ella, de un Derecho y una práctica de la organización administrativa a la altura del Estado constitucional y de los tiempos actuales (dada la función referencial atribuible al sistema diseñado por aquella Ley), se hace precisa tanto su denuncia, como una apelación a la recuperación del impulso y la decisión para la ejecución de la ambiciosa y necesaria política en ella programada. □

## Notas:

- (1) Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de Determinadas Entidades de Derecho Público.
- (2) La simple exposición de las líneas maestras del sistema implantado por la LOFAGE basta para justificar el juicio expresado en el texto:

1. Por de pronto, se separan claramente -en el doble plano subjetivo y objetivo- las esferas administrativa y económica de la mano pública, de suerte que esta última queda fuera propiamente del ámbito de la Ley y remitida en su organización y régimen sustantivo al Derecho privado. Depurado así el ámbito de la organización administrativa, se clarifica en su seno "aunque aquí con notabilísimos desfallecimientos" el fenómeno de su fragmentación funcional vía «independización» de sectores.

El ámbito organizativo «ordinario» resultante de las anteriores operaciones comprende desde las actividades por su contenido netamente públicas o administrativas en sentido estricto hasta las equivalentes a las económi-

cas privadas pero asignadas o reservadas, por su esencialidad, al poder público, articulándose en soluciones subjetivas, cuyos tipos pretenden encuadrar, es decir, «sistematizar» su diversidad sustantiva desde la óptica de la gestión; tipos que se reducen a dos: la Administración directa (la persona Administración General del Estado, con sus niveles internos central y periférico) y la Administración indirecta o instrumental (organismos públicos), subdividida esta última, a su vez, según se trate de la mera diferenciación de la gestión o, por contra, de la articulación empresarial de actividades con contenido económico reservadas.

2. La regulación del sistema se hace enteramente desde la perspectiva integradora de la gestión (al servicio de los fines y objetivos); integradora de los momentos de la estructuración y el funcionamiento y, por tanto, de los planos orgánico, funcional, de los medios personales, materiales y económico-financiero y de la actividad externa.



## DOCTRINA

3. El régimen del conjunto de organizaciones así reducido a sistema se sujeta a un régimen basado en una combinación equilibrada de los principios de uniformidad y diversidad.
- (3) Párrafo undécimo de la exposición de motivos de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado.
- (4) Esta forma de proceder, aunque aquí no tenga mayores consecuencias, no es inocua para la afirmación y efectividad del sistema general organizativo. Pues la integridad de éste exige que las Leyes concretas de creación de los organismos públicos se mantengan en su función organizativa, ya que todo exceso contiene en sí el riesgo

de ruptura de la disciplina general en virtud del principio de *lex posterior*.

- (5) No puede dejar de apuntarse aquí -en cuanto un síntoma más del descuido del Derecho de la organización entre nosotros- la incorrección técnica de la regulación dedicada a la atribución a la nueva Agencia de las tareas y competencias de órganos y centros de la Administración General del Estado, la imputación a la misma de las relaciones entabladas por ésta y la asunción por ella de los medios de los referidos órganos y centros. Tales medidas organizativas se califican nada menos que de sucesión (art. 97), siendo así que al menos uno de los sucedidos no es claramente sujeto, sino mero órgano: la Dirección General del Medicamento.

## RESEÑAS DE LEGISLACIÓN

## LEGISLACIÓN ESTATAL

- ◆ **Real Decreto 116/1998, de 30 de enero. CIRCULACIÓN URBANA E INTERURBANA** (BOE núm. 42, de 18 febrero 1998 [RCL 1998, 443]).

Adapta a la Ley 5/1997, de 24 de marzo (RCL 1997, 702), de Reforma del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RCL 1990, 578 y 1653 y AA T. VIII, §35bis), el Reglamento de Circulación (RCL 1992, 210 y 590), y el Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RCL 1994, 1149).

- ◆ **Real Decreto 175/1998, de 16 de febrero. ENSEÑANZA EN GENERAL.** (BOE núm. 41, de 17 febrero 1998 [RCL 1998, 414]).

Modifica y completa el Real Decreto 986/1991, de 14 de junio (RCL 1991, 414), que aprueba el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo.

- ◆ **Real Decreto 38/1998, de 16 de enero. CLASES PASIVAS.** (BOE núm. 15, de 17 enero 1998 [RCL 1998, 118]).

Revalorización y complementos de pensiones para 1998 y otras normas en materia de clases pasivas.

- ◆ **Real Decreto 4/1998, de 9 de enero. SEGURIDAD SOCIAL.** (BOE núm. 9, de 10 enero [RCL 1998, 44 y 215]).

Revalorización de pensiones para 1998.

- ◆ **Orden de 8 de enero de 1998. CORREOS Y TELÉGRAFOS.** (BOE núm. 12, de 14 enero 1998 [RCL 1997, 73]).

Modificación de las tarifas por la prestación de servicios postales y telegráficos (RCL 1997, 73)

- ◆ **Resolución de 2 de enero de 1998. FUNCIONARIOS PUBLICOS.** (BOE núm. 3, de 3 enero [RCL 1998, 9]).

Modifica la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (RCL 1984, 2000, 2317, 2427, ApNDL 6595 y AA T.II, §236), en la medida en que dicta instrucciones en relación con las nóminas de los incluidos en el ámbito de aplicación y sobre las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los arts. 23 a 27 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998 (RCL 1997, 3105).

## LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

## CATALUÑA

- ◆ **Ley 1/1998, de 7 de enero. LENGUA CATALANA.** (DOGC núm. 2553, de 9 enero 1998 [LCAT 1998, 13]).